

mas de recrutamento de agentes, seja pela efetiva democratização dos processos eleitorais ou pela transparência nos concursos de recrutamento de pessoal, carece ser o ponto de partida para a nova configuração da Administração brasileira em todos os seus níveis.<sup>8</sup>

Notas:

<sup>1</sup> Desde a Constituição de 1934 admite-se a defesa da probidade administrativa, sendo as primeiras leis protetivas do Erário de 1828, 1834 e 1841. "O que sempre faltou foi a real passagem da preceptividade à sanção", cf. FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2002. p. 433.

<sup>2</sup> Criar dificuldades para vender facilidades.

<sup>3</sup> Funcionam como exemplos os escândalos de nepotismo, favorecimentos em contratações, quebra de sigilação em concursos de ingresso, afastamento da carreira para o exercício de funções incompatíveis, a acumulação de aposentadorias, dentre outros.

<sup>4</sup> Como o *Financial Times*, edição de 3 de fevereiro de 1996.

<sup>5</sup> Control de la corrupción y reforma legal y judicial – artigo divulgado por ocasião do seminário Reforma legal e judicial e controle da corrupção na América Latina e no Caribe – programa de educação para a América Latina, Colômbia, Equador, Guatemala, México e Peru – 22 de maio a 23 de julho de 2002.

<sup>6</sup> Cf. *Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma reconfiguração da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 200/202.

<sup>7</sup> Manuel Villoria sugere que a corrupção administrativa não pode se separar da corrupção política e se alimentam umas das outras.

<sup>8</sup> Texto-base da exposição sob o mesmo título efetuada pelo autor na oficina "Promovendo a Justiça no Fórum Mundial Social", durante o III Fórum Mundial Social, realizado em Porto Alegre, no dia 24 de janeiro de 2003 e organizado pelas Escolas Superiores do Ministério Público da União e do Ministério Público do Rio Grande do Sul, pela Associação dos Juizes Federais, dentre outras entidades civis.

## Tópicos Jurídicos

### Limites à Prova da Embriaguez ao Volante: a Questão da Obrigatoriedade do Teste do "Bafômetro"

Damásio de Jesus\*

\*N.E.: Presidente e professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, doutor *Honoris Causa* em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália), diretor-geral da FDDJ, membro do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e autor de mais de 20 livros publicados pela Editora Saraiva.

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 16, n. 8, ago. 2004

A relevância da embriaguez na produção de acidentes de trânsito é fato notório em todas as partes do mundo<sup>1</sup>. Entre nós, noticiam os meios de comunicação repetidamente a perda de milhares de vidas todos os anos<sup>2</sup>, não obstante as campanhas governamentais e a entrada em vigor da Lei 9.503/97, que introduziu o novo Código de Trânsito Brasileiro (CTB). A atividade docente e a vida em sociedade permitiram-me perceber que as ações preventivas são, ainda, demasiadamente tímidas. Por quê? Uma das respostas, a meu ver, encontra-se nas dificuldades que as autoridades policiais e administrativas têm na produção da prova sobre a influência do álcool e das substâncias a ele análogas, proporcionadas pela não-colaboração dos condutores submetidos à fiscalização ou quando envolvidos em acidente de trânsito.

Nosso Direito Constitucional consagra o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo<sup>3</sup>, seguindo a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Em face disso, não pode a lei infraconstitucional impor a obrigação da sujeição do motorista suspeito ao exame de “bafômetro” (etilômetro), sob pena de configurar-se presunção contra ele<sup>4</sup>. Negando-se, não responde por crime de desobediência<sup>5</sup>. Embora a regra mencionada refira-se mais ao direito ao silêncio do preso<sup>6</sup>, ela é aplicável a qualquer pessoa, detida ou não. O preceito significa que, na verdade, em nosso Direito, não se pode compelir o indivíduo a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Sob o ponto de vista penal, considero intransponível, no atual estágio de desenvolvimento das garantias constitucionais, a superação do direito ao silêncio, reconhecido no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, com o intuito de obrigar o condutor a colaborar na produção de prova contra si mesmo. De fato, é prova reconhecidamente inadmissível a coleta de sangue do condutor contra a sua vontade ou a submissão forçada ao conhecido teste do “bafômetro” (etilômetro). Essa limitação é imposta pela necessidade de tutela a direitos fundamentais, como esclarece Antônio Magalhães Gomes Filho: “No Brasil, o direito ao silêncio do acusado, que já era mencionado pelo art. 186 do Código de Processo Penal, embora com a sugestiva admoestação de que poderia ser *interpretado em prejuízo da própria defesa*, foi elevado à condição de garantia constitucional pelo art. 5º, LXIII, da Carta de 1988, que determina: ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)’; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também assegura ‘a toda pessoa acusada de delito (...) o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (...)’ (art. 8º, g). (...) De qualquer modo – e isso é o que interessa ao presente estudo – o direito à não-auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao di-

reito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional” (grifos do autor)<sup>7</sup>.

Com essa atitude, não se desprotege a ordem social. Na área criminal, mantido o delito de embriaguez ao volante<sup>8</sup>, o fato pode ser provado mesmo na ausência do exame do “bafômetro”, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o art. 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitiva, apenas e tão-somente, o respectivo exame pericial”<sup>9</sup>.

Nessa linha de raciocínio, é necessário concluir que técnicas científicas encontram obstáculo intransponível em nosso ordenamento em função do direito à não-auto-incriminação e especialmente do princípio da presunção da inocência. É o que sustenta, mais uma vez, o supracitado autor: “A aplicação de modernas técnicas científicas ao terreno da prova também suscita uma problemática que tem relação com a matéria examinada nos tópicos anteriores: trata-se da admissibilidade de intervenções corporais no acusado, com o objetivo de obter material para exames laboratoriais destinados a fornecer dados probatórios; o tema é sugerido há algum tempo pelos testes alcoométricos e, mais recentemente, pelos exames de DNA. (...) Mas, o que se deve contestar em relações a essas intervenções, ainda que mínimas, é a violação do direito à não-auto-incriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ser assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra; em matéria civil, a questão tem sido resolvida segundo as regras de divisão do ônus da prova, mas no âmbito criminal, diante da presunção de inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa de inferir a veracidade do fato”<sup>10</sup>.

Essa rápida visão da doutrina constitucional e processual penal brasileira demonstra claramente os percalços os quais surgiriam em função de eventual constrangimento imposto ao condutor para que produzisse prova contra si mesmo. Idêntica conclusão poderíamos extrair de eventual ilícito administrativo criado para *punir* a recusa a tal colaboração do condutor. Ora, se o direito à não-auto-incriminação adquiriu um *status* constitucional, é evidente que nenhuma outra regra, muito menos de cunho administrativo, pode servir de instrumento de persuasão para que o indivíduo viole as suas próprias convicções e, especialmente, os

seus direitos fundamentais. Se assim ocorre no campo administrativo, igualmente sucederá no Direito Penal, porquanto inadmissível a configuração de crime de desobediência<sup>11</sup> em razão de o condutor negar a sua colaboração para a realização dos testes de embriaguez.

Uma incursão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à aplicação do Direito à não-auto-incriminação, revela de igual forma a aversão aos meios de prova os quais violem tal garantia, destacando, especialmente na primeira ementa, a impossibilidade de que o Poder Público imponha medidas contra quem exerce tal prerrogativa. Vejamos:

*Ementa: Comissão parlamentar de inquérito . Privilégio contra a auto-incriminação . Direito que assiste a qualquer indiciado ou testemunha. Impossibilidade de o Poder Público impor medidas restritivas a quem exerce, regularmente, essa prerrogativa . Pedido de habeas corpus deferido.* O privilégio contra a auto-incriminação – que é plenamente invocável perante as comissões parlamentares de inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que quem o invocou venha, por essa específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes<sup>12</sup>.

*Ementa: I. CPI: nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio.* Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito, detêm o poder instrutório das autoridades judiciais – e não maior que o dessas – a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a auto-incriminação, que tem sua manifestação mais eloqüente no direito ao silêncio dos acusados. Não importa que, na CPI – a qual tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor não haja acusados: a garantia contra a auto-incriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto

da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparando à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo, sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão. II. *Habeas corpus* prejudicado, uma vez observada a liminar na volta do paciente à CPI e já encerrados os trabalhos dessa<sup>13</sup>.

Assim, se é certo que o condutor de veículo automotor pode validamente opor-se aos exames de dosagem alcoólica ou de utilização de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, vislumbro diante dessa realidade brasileira uma única saída: a otimização dos meios para a realização do exame clínico, cuja elaboração independe, em regra, da colaboração do motorista. Com efeito, dispõe o art. 277 do CTB: “Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites do artigo anterior, será submetido a testes de alcoolemia, *exames clínicos*, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitam certificar seu estado” (grifos nossos).

Pois bem. Ainda que o condutor exerça o direito à não-auto-incriminação, é possível, diante dos indícios configuradores de crime de trânsito (art. 306 do CTB), encaminhá-lo à autoridade de polícia judiciária a qual, de imediato, expedirá a requisição para o exame clínico. Em razão da pesquisa do médico oficial, será possível aferir se o condutor dirigia, de forma anormal, sob o efeito de álcool ou substância análoga, o que se mostrará suficiente para a configuração do art. 306 do CTB, haja vista ser desnecessário estabelecer, para efeitos penais, a dosagem de concentração do álcool no organismo do condutor. Como ensina a doutrina, basta a prova da ingestão dessas substâncias e a influência por elas exercidas na forma de condução do veículo automotor em via pública. Constatando-se o comportamento anormal à direção – ziguezagues, velocidade incompatível com a segurança etc. – já será possível a imposição de sanções penais (art. 306). Ressalto que, no *exame clínico*, serão observados: hálito, motricidade (marcha, escrita, elocução), psiquismo e funções vitais, entre outras pesquisas médicas, cuja realização, em vários casos, independem da colaboração do condutor do veículo automotor.

É bem verdade que dificuldades práticas envolvem o exame clínico, sendo elas as responsáveis pelo baixo estímulo demonstrado pelas autoridades policiais e seus agentes na sua realização. Conforme constatamos no Curso de Aperfeiçoamento aos Policiais Rodoviários Federais, realizado no Complexo Jurídico Damásio de Jesus (São Paulo, 2002), o deslocamento da guarnição policial até as delegacias de polícia e ao Instituto Médico Legal enseja um longo tempo para o encerramento da ocorrência e, especialmente nas rodovias federais, na ausência



de vigilância por período prolongado. Esses fatos, porém, não podem servir de desculpa e, principalmente, de inércia para o Poder Público. Bastaria o deslocamento de médicos legistas aos locais de fiscalização para a realização imediata dos exames, conduzindo-se os condutores aos distritos policiais para a lavratura do auto de flagrante no caso de resultados positivos no exame clínico. Nas cidades, a solução também pode ser a mesma ou, em virtude de menores distâncias e do maior contingente de policiais militares, a imediata requisição de exame nos distritos policiais. Basta, a nosso ver, qualificar os agentes da autoridade policial e estimulá-los a realizar os procedimentos necessários, sempre à luz das garantias e de direitos fundamentais.

### Adendo Medidas de prevenção

Na maioria dos países, são recomendadas as seguintes medidas no sentido de prevenir a ocorrência de crimes automobilísticos relacionados com a ingestão de álcool:

- aumento de idade para o consumo de bebidas alcoólicas;
- aumento na incidência de impostos para comercialização (com elevação do preço final);
- restrição para funcionamento, locais e horários para estabelecimentos que comercializam bebidas alcoólicas;
- emprego aleatório do “bafômetro” ou de instrumentos de medição do consumo, observadas as determinações legais;
- inspeção veicular (adotada em vários países, como a Suécia, desde 1965).

### Propostas relacionadas ao Brasil

- inspeção veicular obrigatória anual (que tem por objetivo a verificação das condições do veículo para trafegar);
- inspeção veicular obrigatória aleatória (a qual tem por objetivo a verificação das condições do veículo, do condutor e dos passageiros).

Essa inspeção poderia, a exemplo do que ocorre na Suécia, ser normatizada em lei federal, mas executada por órgãos estaduais, incluindo representantes da Secretaria Estadual da Saúde, representantes da Secretaria Estadual da Segurança Pública, representantes de Municípios, representantes da Polícia Civil, representantes da Polícia Militar, representantes do Corpo de Bombeiros, representantes das empresas de seguros, representantes de associações de motoristas profissionais (liberais), representantes de associações de empresas de transporte, represen-

tantes de empresas concessionárias de rodovias estaduais e federais.

A composição cumpriria ser de 60% dos membros ligados a órgãos públicos; 40% dos membros ligados à iniciativa privada, deferindo-se a execução à Polícia Militar Rodoviária (Estadual ou Federal).

Aos Municípios deveria ser delegada a fiscalização dos limites urbanos (art. 23, III, do CTB, que atribui às Polícias a tarefa fiscalizadora). O “Colégio” seria o órgão competente para:

- processar eventuais recursos;
  - sugerir alterações na legislação nacional de trânsito;
  - desenvolver campanhas de prevenção;
  - celebrar convênios (com os Municípios) para a delegação de atividades de fiscalização;
  - fixar programa de atividades fiscalizatórias: locais, horários, frequências.
- A fiscalização (inspeção aleatória) poderia ser realizada em praças de pedágio e trevos de acesso aos Municípios, envolvendo a utilização de “bafômetros” ou de outros instrumentos de aferição.

## Publicidade de produtos alcoólicos

### Medidas:

- vedação à utilização de menores;
- vedação à associação a esportes;
- vedação à associação a entretenimentos.

A publicidade deve orientar-se pela difusão do produto, suas características, mas de maneira responsável, sem que contenha ou empregue qualquer apelo de consumo, sobretudo para adolescentes. Atualmente, o Conar<sup>14</sup> estabelece vedação à participação de pessoas de até 25 anos, a utilização de símbolos, imagens, recursos gráficos do universo infantil e o uso de imagens associadas à prática de esportes, dentre outras regras. Ao final das mensagens publicitárias, exige-se a inserção de “cláusula de advertência” (exemplo: “Evite o consumo excessivo”). Dentre as inserções obrigatórias, apenas uma é relacionada à prevenção de acidentes automobilísticos (“Se beber, não dirija”).

---

#### Notas

<sup>1</sup> Estados Unidos – 1991: 19.900 pessoas morreram em acidentes de trânsito ligados ao álcool; 318.000 pessoas ficaram feridas em acidentes automobilísticos relacionados ao álcool. Custo: US\$ 46,1 bilhões em 1990, sendo US\$ 5,1 bilhões envolvendo despesas médicas. Desde a década de 1970, nos EUA, os índices de acidentes vêm sofrendo significativa redução. Em 1991, o número de acidentes foi 20% menor do que em 1982. A redução foi maior entre os jovens de 16 a 20

anos. Os números são mais expressivos se considerado o aumento de veículos e de milhas rodadas anualmente (40% de acréscimo entre aqueles anos).

Nova Zelândia – 1987: 3% das mortes de crianças até 14 anos; 20,1% das mortes de adultos (entre 25 e 34 anos).

Canadá – 1990: 50% do número de motoristas mortos em acidentes de trânsito apresentavam dosagem excessiva de álcool (27,3% acima de 1,5 g/l).

Noruega – 1989 a 1990: dentre 50% dos mortos em acidentes de trânsito, 28,3% denotavam consumo de álcool, sendo 27% acima do limite permitido (0,5 g/l).

Chile – 1991: 50% dos acidentes de trânsito tiveram motoristas alcoolizados como protagonistas.

<sup>2</sup> No Brasil, antes da entrada em vigor do Código de Trânsito, em 1997, estávamos perdendo cerca de 40 mil vidas por ano e ferindo 450 mil. Vigente a Lei 9.503/97, baixamos esse índice, hoje outra vez em ascensão por causa da ausência de fiscalização eficiente.

<sup>3</sup> Art. 5º, II, da Constituição Federal. Essa regra também decorre implicitamente dos princípios da presunção de inocência, segundo os quais ninguém pode ser considerado culpado antes de a sentença condenatória penal transitar em julgado (art. 5º, LVII, da CF), e do direito do réu ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF). Nesse sentido: CALLEGARI, André Luís. A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo Código de Trânsito. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, 66, maio 1998.

<sup>4</sup> Por exemplo, art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997). Em nossa obra *Crimes de Trânsito* (5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 164), anotamos que “o motorista não é obrigado a submeter-se a esse exame. Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover, *As nulidades no processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 132; Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, A embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro, *Boletim do IBCCrim*, 83:3, São Paulo, out. 1999”. De citar-se ainda: CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*

<sup>5</sup> Como dissemos em nossa obra supracitada, o motorista, “negando-se, não responde por crime de desobediência. O agente policial, entretanto, pode conduzi-lo perante a autoridade policial, que o submeterá a testes de alcoolemia, exame clínico etc. (art. 277 do CT). Nesse sentido: Renato Ferreira dos Santos, Pode o cidadão recusar-se a submeter-se à realização do exame com bafômetro?, *Uniprospectus*, órgão de informação da Universidade Paulista (UNIP), São Paulo, abr. 1998, p. 10; Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, A embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro, *Boletim do IBCCrim*, 83:3, São Paulo, out. 1999”. De citar-se ainda: CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*

<sup>6</sup> Art. 5º, LXIII, da CF.

<sup>7</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no Processo Penal. Tese (Livre-docência)* – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995. p. 113/115.

<sup>8</sup> Art. 306 do CTB.

<sup>9</sup> STJ, 5ª Turma, RHC 13.215/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. em 15/04/03, DJU de 26/05/03, p. 368.

<sup>10</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op. cit.* p. 120.

<sup>11</sup> Art. 330 do Código Penal. Nesse sentido, a jurisprudência é antiga em termos da inexistência de crime, como demonstram antigos arestos (RT 435/413; RJDTACrimSP 9/171).

<sup>12</sup> STF, HC 79.812/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 08/11/00, DJU de 16/02/01, p. 21.

<sup>13</sup> STF, HC 79.244/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 23/02/00, DJU de 24/03/00, p. 38.

<sup>14</sup> O Conar é um órgão de auto-regulamentação que busca orientar a atuação no setor publicitário, à revelia da fiscalização estatal, ou seja, trata-se de mecanismo de controle efetuado pelo mercado, por seus representantes. A atuação do conselho não exclui, evidentemente, a do Judiciário e a possibilidade de ação coletiva para, por exemplo, evitar a divulgação de campanhas publicitárias que ignorem os riscos do alcoolismo na condução de veículos automotores. E há hipóteses graves. O Conar apreciou, em abril de 2003, reclamação dirigida contra campanha de cerveja por incitar o seu consumo. Na propaganda, numa sala de aula, os alunos tinham à sua disposição latas de cerveja sob a mesa. O professor repetia uma frase em inglês e, ao final, todos consumiam a bebida. Ao mesmo tempo, em casa, assistindo à cena, um consumidor saía de casa e se dirigia a um bar para consumir cerveja daquela marca. É interessante notar que, além da relação tipicamente de adolescentes, jovens e professores, o ambiente da sala de aula era inadequado para a associação do aprendizado com a bebida (escola-bebida). Ainda mais grave, o espectador saía de casa tendo em suas mãos as chaves de um automóvel. Pelo visto, voltaria para casa dirigindo.